✠

POR

ANTONIO DE VALLADO-
lid Peredo.

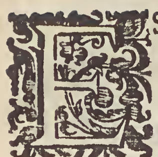
CON

DON ANTONIO DE ARBI-
te Ozores y Sotomayor, Conde de Priegui, como marido de Doña Mariana Ozores y Sotomayor, Condesa de Priegui, y sucessora en los Patronatos, y Memorias que fundò el señor Don Fr. Antonio de Sotomayor, Arçobispo que fue de Damasco, Confessor de su Magestad, y de su Consejo de Estado, y Comissario general de la Santa Cruzada.

SOBRE

Cinquenta y cinco mil y seiscientos reales, que se piden al dicho Antonio de Valladolid, como fiador de Don Gomez de Silua.

A ESTE

STE pleyto vino al Consejo en apelació que interpuso Antonio de Valladolid de vn auto proueido por el Teniente de Corregidor desta Villa Don Francisco Ramirez de Bargas en 15. de Febrero de este año, en que declarando por parte legitima al dicho Conde, manda, que el dicho Antonio de Valladolid den tro de tercero dia, con apercibimiento de execucion le pague cinquenta mil ciento y quarenta y nueue reales de vellon, como fiador de Don Gomez de Silua.

Pretende Antonio de Valladolid que se ha de reuocar este auto, declarando no auer llegado el caso de que pueda ser conuenido. Y antes de entrar a los fundamentos de derecho que assisten a esta pretension, es forçoso presuponer breuemente lo substancial del hecho deste pleyto.

Por muerte del Obispo de Zamora Don Diego de Zuñiga y Sotomayor, entrò en su espolio la Camara Apostolica, entre cuyo cessonario, y otros acreedores se formò pleyto ante el Corregidor de aquella Ciudad, de cuya sentencia se vino en apelacion al Consejo, donde parecio Don Gomez de Silua, y en virtud de poder de D. Magdalena de Azeuedo su madre, y del dicho Obispo, y su heredera, pretendio que se le mandassen entregar todos los bienes inventariados antes de la Consagracion. A esto se opuso la parte del Padre Confessor Don Fr. Antonio de Sotomayor, como vno de los acreedores a dicho espolio, en virtud de vna declaracion hecha en el testamento con que murio dicho Obispo, en que dixo ser deudor de ciertos juros, bienes, y cantidades a las memorias que auia fundado el Arçobispo Don Fr. Francisco de Sotomayor, cuya administracion, y cobrança auia tenido a su quenta, en virtud de poder del dicho Padre Confessor, Patron de las dichas memorias.

Concluso el pleyto, por Executoria del Consejo se man-

mandaron entregar al dicho Don Gomez de Silua todos los bienes que estuuiessen en ser de los inventariados antes de la Consagracion del dicho Obispo de Zamora, dando fianças de estar a derecho, y pagar juzgado, y sentenciado con los acreedores del dicho Obispo, y cessonario de la Camara Apostolica.

Esta fiança hizo Antonio de Valladolid en 14. de Iulio del año passado de 638. y en conformidad de ella parece que se entregaron al dicho Don Gomez algunos bienes, cuya tassacion importò 55U600. reales.

Prosiguiòse despues el pleyto entre los acreedores, y por el año de 43. huuo executoria donde se graduò en primer lugar a las dichas memorias, y al dicho Padre Confessor, como su Patron, por quatro mil ducados, y algunas alhajas de oro, y plata, conforme a la declaracion del dicho Obispo de Zamora.

En 6. de Febrero del año de quarenta y seis se presentò peticion por parte del dicho Padre Confessor ante el Liceciado D. Gaspar Theza y Anuncibay, Teniente de Corregidor que era desta Villa, y Manuel de Vega Escriuano del Numero de ella, haziendo relacion deste caso, y presentando la dicha Executoria, y los demas papeles concernientes, en cuya virtud pidio execucion contra el dicho Antonio de Valladolid, como fiador del dicho Don Gomez de Silua, por 55U600. reales. Diose auto para que dicho Antonio de Valladolid dentro de tercero dia pagasse esta cantidad, con apercibimiento de que no lo haziendo se proueeria justicia. Notificòsele, y por peticion suya de 20. del mismo mes pidio se le auia de absoluer, y dar por libre, alegando diferentes fundamentos.

Desde este tiempo estuuo suspenso este pleyto, hasta que en 19. de Setiembre del año passado de 63. salio a proseguirle el Conde de Priegui Don Antonio de Arbite, que oy litiga, y como marido de Doña Mariana

Ozo-

Ozores y Sotomayor, Condesa de Priegui, y sucessora en los Mayorazgos, y Patronatos fundados por el dicho Padre Confessor, pidio que sin embargo de lo alegado por el dicho Antonio de Valladolid en peticion de 20. de Febrero de 46. se auia de despachar el mandamiento de execucion que contra èl estaua pedido.

Mandòse entregar el pleyto por retardado, y por parte de Antonio de Valladolid se respondio, que deuia declararse no ser parte legitima el Conde de Priegui: porque no constaua que fuesse sucessor en el Patronato, y Memorias que fundò D. Fr. Francisco de Sotomayor, Arçobispo que fue de las Charcas, ni los papeles que para legitimar su persona auia presentado, lo justificauan, pues en ellos solo se hazia mencion de las Memorias, y Patronato que fundò el Padre Confessor, lo qual era totalmente distinto, y sobre que assi se declarasse introduxo articulo con debido pronunciamiento: Y lo mismo repitio despues en otros pedimientos, sin alegar sobre lo principal, ni deduzir otra excepcion alguna, sobre esto se concluyò el pleyto, y visto se dio el auto de que se apela.

Es fundamento de ambas partes la escritura de fiança que otorgò Antonio de Valladolid por Don Gomez de Silua, y assi para que se conozca quien puede mas legitimamente valerse della, se ponen aqui sus mas essenciales palabras, ibi: *El dicho Antonio de Valladolid otorgò, que en la via, y forma que mejor aya lugar de derecho, se constituia, y constituyò por fiador del dicho señor Don Gomez de Silua Sotomayor, y como tal, haziendo, como haze, de deuda, y fecho ageno suyo propio se obliga, y obligò à que el susodicho estarà a derecho con los acreedores que tuuiere el dicho señor Obispo de Zamora D. Diego de Zuña Sotomayor, y les pagarà lo que fuere juzgado, y sentenciado en todas instancias, hasta en la concurrente cantidad de lo que montaren los bienes que*

to

tocan al espolio del dicho Obispo, que por los dichos autos se mandan entregar al dicho D. Gomez de Silua su hermano, de los que estuuieren en ser de los inventariados antes de su Consagracion; y en defecto de no lo hazer, el dicho Antonio de Valladolid Peredo, como tal su fiador principal, y llano pagador, y sin que sea necessario hazer excusion, ni otra diligencia alguna, aunque de derecho se requiera contra el dicho Don Gomez de Silua, y sus bienes, cuyo beneficio, y las leyes deste caso se renuncia, se obligaua, y obligò con su persona, y bienes muebles, y raizes, derechos, y acciones auidos, y por auer, de estar a derecho con los dichos acreedores, y de pagar lo que fuere juzgado, y sentenciado en todas instancias, hasta en la cantidad que montaren los dichos bienes.

Presupuesto este hecho, y forma de fiança, se propondràn los fundamẽtos que assisten à Antonio de Valladolid para la reuocacion del Auto del Teniente.

Primer Fundamento.

Que auiendose opuesto defecto de legitimacion en la persona de el Conde de Priegui, se deuiò determinar el articulo sobre esto introducido, sin proceder à lo principal de la causa.

1 ENtre todas las excepciones perjudiciales, cuya essencial naturaleza es, que luego que se oponen, y hasta que se determinen, suspenden el progresso principal, *ex l. si status, C. de ordin. cognit. l. 1. C. si quis alter. testar. prohibuer. l. quoniam, C ad Iul. de adulter. l. Præsens, C. de ad l. Flan. de Plagiar. l. si quis libertatem, ff. de petit. hæred. §. præiudiciales. instit. de actionib. cap. 1. de ordin. cognit. vbi DD. & late Maranta in prax. part. 4. distinct. 20. ex num. 1. dominus Salgad. de Reg. Protect. part. 2. cap. 18. Carleual. tom.*

2.lib.1.tit.2.disput.5. Hermannus Vultheius, de iudit. lib.2.cap.7.ex num. 565.

2 Las que con mas precisa razon obran este efeto, son las que miran a la capacidad, ò competencia de el Iuez, ò a la legitimacion del actor: porque como estas son partes integrales del juizio, y sin las quales no se puede formar, ni consistir, *Cap. forus, de verbor. signific. l. inter litigantes, 62. de iudit.* es necessario que se ligitimen en el ingresso, determinando con suspension de la causa principal, qualquiera duda, ò controuersia que sobre ellos se ponga, *vt ex text. in l. non ignorat. 9. C. qui accusar. non posint, l. qui stipendia, l. licet, 24. C. de procurator. cap. 1. de accusationib. tenent post. Bart. in l. 2. num. 3. C. de adict. Diui Adrian. tollend. Gregor. Lopez in l. 3. tit. 10. part. 3. glos. 1. Castill. lib. 3. controuers. cap. 24. à num. 130. Rouit. in pragm. 5. de ordin. iud. num 10. Amat. resolut. 78. à num. 1.*

3 De donde nace, que si sobre semejantes excepciones no huuiere precedido interlocucion, mediante la qual queden totalmente vencidas, contendrà nulidad la sentencia que sobre lo principal se pronunciare, *Gregor. Lopez in l. 11. tit. 3. part. 5. glos. 1. Bellon decis. 167. à num. 2. Carleual. d. tit. 2. disput. 5. num. 8. Mastrill. decis. 127. Rouit. vbi supra, num. 18.*

4 Y asi por estas reglas, y doctrinas, que como tan ciertas, son comunmente seguidas, parece llano, que auiendose opuesto por Antonio de Valladolid defecto de legitimacion en la persona del Conde de Priegui, y que por los papeles que auia presentado, no constaua que la Condesa Doña Mariana de Ozores su muger, fuesse sucessora en los Patronatos, y Memorias a quien se deuia esta cantidad, que eran las que fundò el Arçobispo Don Fr. Francisco de Sotomayor, y solo hablan de las fundadas por el Padre Confessor, formando articulo sobre que assi se declarasse, debio el Teniente deter-

mi-

minar ſobre eſte articulo ſolo, y padece nulidad el auto dado en otra forma, *Bald. in cap. ſuborta, de re iudicata, Bart. in l. cum quærebatur in fine, ff. de re iudic. & in l. ſi vt proponis, C. quomodo, & quãdo Iudex, Menoch. conſ. 3010. num. 39. lib. 4. Maſtrill. deciſ. 187. numer. 3. D. Franciſc. del Caſtill. deciſ. 54 nu. 1. & deciſ. 200. num. 8.*

5 Sin que fueſſe medio para euitar eſta nulidad pronunciar juntamente ſobre el articulo, y ſobre lo principal, porque ſiendo cierto que qualquiera pronunciacion, y auto que ſe dieſſe, declarando, ò nò por legitima perſona al Conde, era de ſu naturaleza apelable, no ſe pudo en perjuizio deſta apelacion, prepoſterando el orden, y acelerando las determinaciones, paſſar a lo principal, *D. Salgad. dict. cap. 18. à num. 42. Robert. Lancelot. de attent. 2. part. cap. 12. limit. 1. num. 120. Magon. deciſ. Lucenſ. 37. numer. 6. Maſtrill. deciſ. 243. à num. 18.*

6 Y aunque los *Adicionadores del ſeñor Luis de Molina, lib. 4. cap. 9. num. 40.* afirman ſer eſtilo practicado, que ſemejantes excepciones, aunque impeditiuas del ingreſſo del juizio ſe determinen juntamente con lo principal, tiene contra ſi eſta ateſtacion la opinion de *Gregor. Lopez*, a quien refiere, y ſigue el ſeñor *Molina in loco ſupra citato*, y la expreſſa diſpoſicion de la *ley 5. tit. 10. part. 3.* por cuyos graues motiuos *Carleual. d. tit. 2. diſp. 5. num. 23. in fine*, auiendo referido las palabras de los Adicionadores, y ſintiendo ſer poco conformes a los terminos, y diſpoſiciones de derecho, concluye diziendo: *Ego non recederem à ſententia Gregorij, & Molinæ, quæ conſonat cum iure communi, & practicorum communi opinione, & doctrina.* Pero el peſo deſtas autoridades, y eſtimacion deſta practica, ſe dexa con muy ſegura confiança al ſuperior juizio de los ſeñores Iuezes.

Ni

7 Ni puede variar la firmeza de este fundamento, dezir que este pleyto es de su naturaleza executiuo: porque antes con esto mismo se assegura tanto mas su certeza, quanto es mas necessaria, y indispensable la legitimacion de personas en el ingresso de los juizios executiuos, *ex l.35.tit.4.lib.3.& l.2.& 19.tit.21.lib.4.Recopilat. Roderic. Suarez in l.post rem iudicatam in declarat. legis Regni, ampliat.1.nu.2.& per tot. Asinius de executionib.§.2. cap.6. num.3. Collerus, de processib. execut. part.3. cap.1. ex num.*17. y assi los Autores que tratan el priuilegio desta excepcion, afirman que por ella se deue sobreseer sin distincion de que el pleyto sea executiuo, ò ordinario, vt tenent plures, quos referens sequitur *Amato d.resolut.78.numer.1. Grasis, de exceptionib. excep.4. ferè per tot. Ant. Virgil. de legitim. personar. in præluд. à num.6. Gratian. discept.486.nu. 7.& 8. Muta super consuet. Panormit. cap.12. numer. 9.& 10. Zacchias ad Gallesium, de obligat. Cameral. quæst.33.num.4.& per tot.*

8 Y aun quando fuessen aplicables al caso de este pleyto los terminos de la ley 1. *tit. 5. lib. 4. Recopilat.* es cierto que conforme a ella se opone esta excepcion en forma, y tiempo legitimo, porque en los pleytos executiuos solo se tiene por cōtestacion aquel acto de oponerse el deudor despues de la citacion de remate, alegando sus excepciones, *Paz in prax. tom.1. tempore 6. nu. 7. Carleual. tom.2. tit.3. disput.4. num.28. vbi plures, & vltra eos, Mar. Mut. ad cap. Reg. Sicil. tom.4. cap. 133. Regis Alphonsi in annotat. litt. S.* Con que no auiendo llegado este caso, no es dudable que esta excepcion se opone en tiempo, y antes de la contestacion, demas que por su naturaleza estan priuilegiada, que en qualquier estado, y parte del pleyto puede oponerse, y deue admitirse, *Bald. in l. ne quiquam, §. de plano in fin. ff. de offic. pro Consul. Ossc decis.1. n.36. Ruginel. pra-*

practic.quæst.cap.1.num.88.& cum alijs Ant. Virgil. de legitimat.person.in prælud.num.15. Y quando no se hallasse este fundamento assistido de tantas autoridades, y razones, pudiera comprouarse facilmente con vn breue argumento, pues siendo cierto que antes de expedirse la execucion, deue el Iuez examinar la legitimacion del actor, y puede *ex officio* repelerle, sino le hallare persona legitima, es ineuitable la consequencia, de que la excepcion de defecto de legitimacion en la persona, puede oponerse, y deue impedir el ingresso de la via executiua. Y todos estos medios esfuerçan, que no se deuio en perjuizio desta excepcion, y articulo sobre ella introducido, proceder a la determinacion principal.

Segundo Fundamento.

Que conforme a las palabras, y calidad de la fiança, no ha llegado el caso de conuenir à Antonio de Valladolid.

9 ES innegable, y llano en el hecho, q̃ la obligaciõ de Antonio de Valladolid, fue, que D.Gomez de Silua estaria a derecho cõ los acreedores de el Obispo de Zamora, y pagaria juzgado, y sentenciado, hasta en la cantidad del valor de los bienes que se le entregauan, y en defecto de no lo hazer, lo pagaria èl, como su fiador, y esta forma de obligacion es condicional, cuyo caso entonces llega, quando auiendo procedido contra Don Gomez, y estando condenado, consta que no ha cumplido, *ex aperta dispositione textus in l. fideiussor. 16.§.fin.ff.de fideiussor.& mãdator.*ibi: *Cum fideiussor hoc modo acceptus esset, si Seius quadraginta, quæ ei credidit, non soluerit, fide tua esse iubes? verisimile est id actum, vt cum appellatus reus non soluerit fideiussor teneretur.* Y lo mismo *in l.decem stipulatus, 116.*

ff.de verb.oblig. ibi: *Sed Mæuius sub conditione debet si à Titio exigi non poterit, l. si ego, 42. ff. de reb. credit. l. si decem, 21. ff. de solutionib. & in his locis communiter repetentes.* Y assi conforme a la disposicion de estos textos, no auiendose hecho auto, ni diligencia alguna contra Don Gomez de Silua, es constante que no ha llegado el caso de recurrir contra Antonio de Valladolid, por no auerse cumplido la expressa condicion, y forma de su fiança

10 Y aunque no se niega, que en la fiança se halla renunciado el beneficio, y remedio de la excusion, no puede esto embaraçar para la excepcion que oy se opone, la qual es totalmente distinta, pues aora no se trata de fundar, que Don Gomez de Silua tenga bienes, y haziẽda de donde pueda cobrarse, y adonde deua acudirse antes que a su fiador, que es en lo que verdaderamente consiste la excusion, la qual *prout eam diffiniuit Iason in §. fin. num. 6. instit. de actionib. est bonorum, atque rerum principalis debitoris ad vngulã, vsque ad saccum, & peram per iudicem facta discusio.* Y solo se dize, que deuiendose, conforme a la fiança, pedir primero a Don Gomez, tenga, ò no de donde pagar, para que entonces si èl no pagare, llegue legitimamente el caso de conuenir à Antonio de Valladolid, cuya obligacion es *in defectum, & subsidium,* no consta por medio alguno, que contra Don Gomez se aya hecho la mas facil diligẽcia; y siendo tan diuersas estas excepciones, pues la vna *respicit facultates, ad idoneitatem principalis debitoris eiusque discusionem.* Y la otra: *solum pertinet ad defectum ordinis, & substantialem fideiusionis formam,* no puede embaraçar la renunciacion de la vna para la oposicion de la otra: porque las renunciaciones son de su naturaleza odiosas, y limitadas, solo à lo q̃ expressamente contienen, y no admiten interpretacion, ni ampliacion alguna, vt *vt ex regula legis, si domus, ff. de seruitut. vrbanor.*

nor. prædior. probant. D. Valenç. lib. 2. cons. 179. numer. 44 & seqq. Donadeus, de renunciat. cap. 27. ex numer. 136. Paul. Gallerat. de renunciat. tom. 2. centur. 1. cap. 6. num. 19. Y assi en terminos de fiança hecha en semejante forma, y renunciando la excusion, son expressas, y conformes las resoluciones, y doctrinas que comprueuan este fundamento, fauoreciendo al fiador, *Iaso. in l. decem stipulatus, ff. de verb. oblig. num. 6.* ibi: *Qui promitit, quanto minus à titio consequi posit, etiam si renunciaret beneficio, de fideiussoribus non potest ante Titium conueniri, quia hoc ponitur pro complemento conditionis, nam iste promitit sub conditione, si non exigatur à primo, ergo primo opportet quod adimpleatur conditio.* Lo mismo sintio Alexandro *cons. 29. numer. 28. lib. 7.* ibi: *Benè fateor quod vbi quis in fideiusione dixit, promito quanto minus à Titio exigere poteris, promissionem illam esse conditionalem expressam, vt loquitur textus in l. 116. de verb. oblig.*

11 Y quien mas expressamente resoluio por este fundamento, fue *Pyrrh. Maur. de fideiussor. part. 2. princ. section. 6. cap. 3. numer. 67.* ibi: *Sublimita tamen prædicta duobus modis, & primo in fideiussore obligato ad soluendum in euentum, quod principalis non soluerit, nam tali casi, etiam quod sit renunciatum beneficijs, de fideiussoribus, & sit obligatus, vt principalis principalitèr, & insolidum, nihilominus prius debet discuti principalis, & ratio est, quia in similibus fideiusionibus semper de natura actus est, vt conueniatur principalis.*

12 Esfuerçanse estas dotrinas, y otras que al mismo intento pudieran referirse, y se omiten por la breuedad deste papel cō dos razones irrefragables. La primera es, que siendo condicional esta fiança, *en defecto de no pagar Don Gomez, vt in dict. l. fideiussor. §. fin. vt cum appellatus reus non soluisset fideiussor teneretur, & in d. l. decem: Sed Mauius sub conditione debet, si à Titio exi-*

gi

gi non poterit, & ex Iasone, & Alexandro supra probauimus. Es constante, y cierto, que para pedir execucion en su virtud, ò proceder por ella en qualquiera forma, primero ha de constar la existencia de la condicion, que consiste en verificar, que se ha pedido esta cantidad a Don Gomez de Silua, y que del no se ha cobrado, y hasta tanto que esto se verifique, no se puede considerar que ha llegado el caso de la fiança, y es intempestiuo qualquier acto en virtud de ella, *provt est communis DD. sententia, D. Couarr. lib. 2 variar. cap. 11. num. 2. Roderic. Suar. in l. post rem iudicatam, in declaratione legis Regni, limit. 5. Gratian. discept. 325. num. 7. & ex innumeris, Carolus de Grassis, de except. exception 33. nu. 17. & est expressus textus in l. hoc iure, 10. ff. de verbor. oblig. & in l. fulcinuis, 7. §. si in diem, ff. ex quib. caus. in pos. eatur, quam latè exornat Capit. Latr. decis. 151. per tot. lib. 2.*

13 La segunda, y no menos legal razon, es, que semejantes fianças, substancialmente son de indemnidad, *de quibus loquitur textus in l si fideiussores*, 41. ibi: *Quod à curatore seruari non possit, & in l. inter creditricem*, 63. ibi: *In id quod minus reddactum esset. ff. de fideiussorib.* Y en los fiadores de indemnidad, es doctrina segura, y comunmente recibida, que aunque ayan renunciado el beneficio de la excusion, pueden sin embargo pedirla, y deue concederseles, *vt ex Bart. in l. 1. nu. 2. C. de conveniend. fisc. debitor. lib. 10. Bald. Hipol. Roderic. Suar. & alijs tenet Gutierr. de iurament. confirmat. part. 1. cap. 23. nu. 22. Amad. Rodrig. de execut. cap. 4 num. 43. Coller. de processib. execut. part. 1. cap. 10. à num. 296. Magon. decis. Florent. 45. nu. 3. Francisc. Petr. cons. 28. à num. 10.* Y ponderando esta razon, fundan nuestro intento, hablando en los terminos de semejante fiança, *Math. Berlich. conclus. practicab. part. 2. conclus. 23. num. 6.* ibi: *Fallit tamen hæc assertio nostra,*

nostra, si quis in vno eodemque, vel diuerso diuersisque temporibus confecto instrumento, siue statim, siue ex interuallo se principalem constituit, & obligat, non quidem simpliciter, sed in euentum non factæ solutionis per principalem, tunc dubium non est quin hic fideiussor beneficium excusionis habeat, & conueniri non posit, nisi priùs debitor principalis sic excus. ratio est, quia talis fideiussor, vel constitutor videtur quasi sponsor indemnitatis esset, cum non aliter intelligatur se obligare voluisse, nisi quatenus, & in quantum non satisfaceret, vel satisfacere non posset principalis.

14 Y siguiendo este mismo cõcepto *Ant. Hering. de fideiussor. cap. 27. part. 1. num. 82.* dize: *Est que eius rei ratio satis euidens, quod nimirùm talis constitutor videatur quasi sponsor indemnitatis esset, adeo, quod ante omnia explorandum est in quantum posit satisfacere principalis*; y comprehendiendo ambas razones, sigue, y comprueba la misma opinion el señor *D. Francisc. Salgad. in labyrinth. part. 1. cap. 23. num. 83.*

15 Y aplicando la misma razon a esta dotrina *Paul. Galerat. de renuntiatione, tom. 2. centur. 1. cap. 74. num. 9.* despues de auer fundado en el num. 8. que el fiador de indemnidad deue gozar de la excusion, aunque aya renunciado su beneficio, dize asi: *Sed quod diximus, de fideiussore indemnitatis, idem dicendum est in eo, qui promisit, quanto minus à debitore seruari potest, is nam, & si renuntiauerit non poterit conueniri ante excusum principalem, quippè quia excusio requiritur pro implemento conditionis, l. final, ff. si certum petatur, Vazq. illustr. contr. lib. 1. cap. 33. n. 7. atque idem dicẽdum est, de fideiussore, de iudicatum soluendo, per textum in l. fin. §. & cum antiquitas, C. de vsur. rei iudicat. Dueñas regul. 335. ampliat. 3. & hæc dicitur excusio conuentionalis, quæ non tollitur renuntiatione huius exceptionis, neque per clausulam omni legum, & iuris*

 auxi-

auxilio, Carrocius de excusion. honor. quæst.35. numer. 4. part.2.

16 Estos lugares se han puesto puntualmente a la letra, assi porque parecen muy ajustados al caso de este pleyto; y para que con mas facilidad se reconozcan, como tambien porque con algunos dellos mismos se satisfaze la objecion que pudiera hazerse, de que Antonio de Valladolid se quiso obligar, y con efecto se obligò, como principal, y llano pagador, lo qual no obsta, porque la mas segura opinion es, que por esta clausula no se perjudica la naturaleça, y substancia del acto, y siempre queda en terminos de fiança, y con los priuilegios que la competen, *vt benè aduertit D. Larrea decis.7. num.24. Arias de Mena lib.2. variar. cap.13. qui sub distinctione procedit, & hoc in nostro casu resoluit. Ioann. Griuel. decis.71. à nu.1. ad 5. Y aunque Flores Diaz de Mena lib.1. quæst.11.* fue de contrario sentir, atendiendo a los terminos en que hablamos, nos aquietaremos facilmēte a su dotrina, y a que por ella se determine, pues desde el *num*.48. que es donde resuelue la question, dize, que el no poderse valer de la escusion el fiador que se obligò como principal, procede verificandose, q̄ por no pagar el principal, llega el caso de conuenir al fiador, y se verifica la condicion de la fiança, *quæ consistit in eo, quod debitor interpellatus non soluat.* Y este mismo es aora el intento de Antonio de Valladolid, pues solo pretende, que antes de conuenirle se proceda contra Don Gomez de Silua, para que de alli resulte, ò la satisfacion de la deuda, ò la existencia del caso de su obligacion.

17 Estas consideraciones, y los motiuos que por ellas se han referido, y parecen solidos, y seguros, se corrouoran con gran vigor, atendiendo a que vno de los beneficios con que el derecho assiste a los fiadores, es la cession de acciones que pueden pedir, y les deue hazer el acreedor contra el deudor principal siempre que tra-

tã de cobrãr ẽn virtũd de la fiança, *l. fideiussoribus*, 17. *ff. de fideiussorib. l. stichum, 95. §. si creditor, ff. de solutionib. l. si pupillus, ff. de administrat. tutor. vbi DD. Pyr. Maur. de fideiussor. 2. part. princi. sect. 6. cap. 5. numer. 19. Gratian. discept. 701. num. 4. Hering. de fideiussor. cap. 27. part. 3. à num. 1. Acosta de priuileg. creditor. regul. 3. ampliat. 2. à num. 79.*

18 Desuerte, que si llegando el acreedor a proceder contra el fiador se le pidiere por su parte cessión de estas acciones, y él no quisiere, ò no pudiere cederlas, le obsta la excepcion, que los Autores llaman *Cedendarum*, con la qual se repele su accion, y se assegura el fiador, embaraçando legitimamẽte la cobrança, *vt ex iuribus supra citatis notant Gregor. Lopez in l. 11. tit. 12. part. 5. glos. 3. Azeued. in l. 1. tit. 21. lib. 4. Recopilat. num. 104. Vela disertat. 37. num. 14. tom. 2. Gratian. decis. 215. à num. 23. & discept. 409. per tot. Amat. resolut. 37. num. 51. & cum alijs Merlin. de pignorib. lib. 4. quæst. 72.*

19 Y esta excepcion le obsta oy legitimamente al Conde de Priegui, pues no auiendo litigado con D. Gomez de Silua sobre la restitucion de los bienes que se le entregaron, ni la paga de su precio, ni teniendo contra él instrumento, ò sentencia, en cuya virtud pudiera executarle, es llano que no puede ceder à Antonio de Valladolid el derecho, y accion que él no tiene, ni le puede dar lasto eficaz contra Don Gomez, pues quanto quiera que pudiesse el Conde, valiẽdose del grado de la executoria, que no fue litigada con el dicho D. Gomez de Silua conuenirle en vn juizio ordinario; esto no basta para satifazer la formalidad de la cessión de acciones, en la qual es preciso que el acreedor entregue al fiador, de quien pretende cobrar instrumento que contenga la principal obligacion, sin que sea suficiente, *quod aliàs*

de

de credito, etiam per sententiam constet, vt post Gregor. & Azeued. locis supra citatis aduertint Acosta d. regul.3. ampliat.2. num.70. Hering.d. cap. 27. part. 3. num.8. Montaner. ad Oliuanium, de actionib. part. 2. lib.1.cap.4.num.11. Berthazol. de clausul. claus.40. glos.4.num.8. Paschal.de virib.patr. potest.part.1. cap. 8.num.181.Olea de cession.iur.tit.7. quæst. 1. num.8. Y no pudiendo satisfazer el Conde este necessario requisito, pues ningun instrumento, ni sentencia tiene contra Don Gomez de Silua, assiste con justificacion à Antonio de Valladolid esta excepcion *Cedendarum*; con que la pretension contraria queda eneruada, y impedida.

20 Ni podrà dudarse, que esta excepcion es impeditiua del ingresso, y progresso de la execucion, contra la qual resueluen comunmente los Autores, que deue admitirse, y que con ella se embaraça, *quod etiam notant Gregor. Lopez, & Azeued. vbi supra, Carolus de Grasis excep.10.à num.13.Camil.Borrel.in summa decis.tom.2.tit.19.num.161. Statil.Pacific. de Saluian. interdict.inspect.2. cap.2.à num.265. Milanens.lib.2. decis.1.num.4.& 5.Intriguiol. decis.16.à num. 33.* Y en la execucion de la sentencia sienten lo mismo, *& quod tam antequam post eam opponi potest, & impedit eius executionem, Gaspar Thesaur.lib. 4. quæst. forens. quæst.39.num.5. Giurb.decis.57.num.1. Gratian.discept.701.à nu.3.& discept.409. à num. 5. Vlric. Hunnius in Encycloped.part.3.tit.5. cap.4. num.4.& nullum ex his referens Carleual. lib. 1. tit. 3. disput. 17. numer.4.*

21 Y aunque *Olea de ces.iur.tit.5. quæst. 3. num. 15.* siente que para excluir esta excepcion no se necessita de indiuidual, y especifica renunciacion della, y que basta la general, y equipolente, no es aplicable esta do-

tri-

ctrina à los terminos de nuestra fiança, en què no solo no se halla especial renunciacion deste remedio; pero ni aun general de todos los beneficios, y excepciones que competen a los fiadores, que es la especia en que habla *Olea*, y los Autores que por su opinion refiere, aunque no es dudable, que la mas comun es la contraria, *vt videre est apud eundem num.* 13. *&* 14.

22 Y todas las razones que para comprobacion de este fundamento se han pōderado, prouienen de la misma naturaleza de la fiança, pues siendo de pagar juzgado, y sentenciado, necessariamente supone, que aya de preceder juizio, y sentencia con el principal por quien se haze, *vt est expressus text. in l.* 1. *ff. iudic. solu. vbi Bart. Franch. decis.* 400. *num.* 1. *Sessè decis.* 194. y hasta aora con Don Gomez de Silua no se ha hecho auto alguno, ni la executoria en que se graduaron las memorias, cuyo Patron dize ser el Conde, se litigò con èl: con que cessa el substancial requisito de la fiança, y no auiendo precedido con Don Gomez juizio, ni sentencia, es inepta la pretension de que pague su fiador juzgado, y sentenciado: lo qual procede tambien atendiendo à aquella comun diferencia que notan los Autores entre los fiadores, *contractus, & iudicij*, para que a los primeros no les obste la sentencia litigada con el principal, y a los segundos les perjudique de tal manera, que por ella solo, y sin nueuo processo se les pueda conuenir, *de quo latè Gutierr. cons.* 29. *per tot. Castill. lib.* 4. *quotid. cap.* 14. *ex num.* 29. *Carleual. lib.* 1. *disput.* 2. *quæst.* 5. *ex n.* 318. pues estas mismas doctrinas suponen tambiē precisamente, que ha de preceder sentencia contra el principal antes de recurrir al fiador.

Tercero Fundamento.

Que aun quando huuiesse llegado el caso de conuenir à Antonio de Valladolid, no deuia ser en via executiua, por hallarse ya legitimamente prescripta.

23 PResupusose en el hecho deste pleyto, que la fiança fue en 14. de Iulio del año passado de 638. y que los autos que en su virtud se hizieron, sobre pretender execucion, cessaron desde veinte de Febrero del año passado de 46. hasta 19. de Setiembre de el de 63. que salio a proseguirlos el Conde de Priegui, y conforme a esto no es dudable, que mirando a qualquiera destos tiempos se halla cumplido, y aun duplicado el termino de los diez años, en que por la ley del Reyno dura el derecho de executar, *l.63. Tau. quæ est in Recopilat. l. 6. tit. 15. lib.4. vbi Glosographi Gomez de Leon allegat. 88. numer. 2. Gutierr. consil.47. num.4. & 5. & cum Gregor. Lopez, Mieres, D. Couarr. & alijs D. Valenç. cons. 21. à num. 1. latè Carleual. lib. 1. tit. 3. dispùt. 4. per tot.*

24 Claro està que se responderà por parte del Conde, que por aquellos autos que se hizieron en el año de 46. se interrumpio la prescripcion, y quedò perpetuada la accion executiua; pero ninguna destas proposiciones le concederemos, porque para ninguna hallamos razon legal en que pueda seguramente fundarse, pues aunque algunos Autores sintieron, que para interrumpir esta prescripcion, bastaua la presentacion del instrumento, y pedimiento de execucion en su virtud, *vt ex doctrina Bart. in l. si quis stipulatus, 57. num.4. ff. de solutionib. probare conantur, Gomez de Leon allegat. 82. Cifuentes in l.63. Taur vers. 5. dubitatur, Azeued. in l. 6. tit. 15. num. 39. lib.4. Bobad. lib. 2. Polit. cap. 12. num. 28.*

Ta-

Tapia ad constitut. Neapol. lib. 4. in constitut. duram, numer. 23.

25 Esta opinion se reprueua comunmente, y la mas cierta es, que para causarse legitima prescripcion, es necessario no solo que el instrumento se presente, y la execucion se pida, sino que efectiuamente se despache, y haga en los bienes de el deudor, *vt ex Gaspare Roderico de anuis reditib. lib. 2. quæst. 9. num. 7. & in num. aliijs probant Carleual. d. disput. 4. à numer. 26. & D. Valen. d. cons. 21. à numer. 2.* Y aunque es cierto, que auiendose pedido execucion, y despachadose precepto de *soluendo*, se notificò à Antonio de Valladolid, por cuya parte se alegò, contradiziendo la execucion que se pedia, con que se puede por parte de el Conde fundar, que estos actos constituyeron litispendencia, por la qual indubitablemente se interrumpe la prescripcion, *l. sicut, §. quæ ergo, vers. nec sufficiat, C. de præscript. 30. vel 40. ann. vbi Petr. Barb. num. 233. Gail. lib. 1. practicar. obseruat. 74. nu. 20. Bernard. Greueus lib. 1. practicar. conclus. 66. considerat. 1.* Replicaremos por Antonio de Valladolid, que estas doctrinas, y las demas con que comunmente suele fundarse, que para interrumpir la prescripcion basta la litispendencia, proceden quando la litispendencia es *circa id, de cuius præscriptione agitur*; y assi para interrumpir la prescripcion de la via executiua, es menester litispendencia *in iudicio executiuo*, pues de otra suerte no auiendose llegado a executar el instrumento, no se puede considerar interrupcion de el tiempo, en que si no se executa, se prescribe, *vt benè explicant D. Valenç. & Carleual. locis supra citatis*; y en nuestro caso no puede afirmarse que ha llegado jamas à auer litispendencia executiua, pues quantos autos ha auido hasta aora, solo han sido para preparar la execucion: con que estamos en los terminos, de si por los autos preparatorios se interrumpe la prescripcion, y en es-

tos son expressas a nuestro fauor las dotrinas, que afirman no interrumpirse, *vt ex Bald. in l. consentaneum in fin. C. quomod. & quand. iud. Alexand. Afflict. Farinac. & alijs probat Marcus Angel. de Leon, de præparator. iudic. part. 1. præparator. 18. num. 87. & præparator. 23. per tot.*

26 Y quando concediessemos la interrupcion por aquellos autos del año de 46. no pudiera obstar, pues desde aquel tiempo hasta el año de 63. passaron mas de otros 10. años, y no es dudable, que la prescripcion vna vez interrumpida, puede despues efetuarse, si desde que cessa la causa de la interrupcion buelue a passar a otro tanto tiempo como al principio se requeria, *Salicetus in l. vltima, C. de præscript. 30. vel 40. ann. D. Couarr. in regul. possessor, 2. part. §. 12. num. 6. Azeued. in l. 7. tit. 15. num. 12. lib. 4. Recopilat. Duran. decis. 426. nu. 21. Seraphin. decis. 926. num. 1. Francisc. Marc. decis. 327. numer. 1. part. 2. Marescot. lib. 2. variar. cap. 67. num. 9. 12. & 14.* Y asi aunque en el año de 46. se interrumpiesse esta prescripcion, ya en el de 63. se hallaua otra vez la execucion prescripta.

27 Y no parece que podrà con fundamento la parte del Conde pretender, que por aquellos autos quedasse perpetuada su accion executiua, pues quando no se aya de estar a la opinion de Antonio Gomez, que en la *l. 63. Taur. num. 3.* dize auer ya cessado la materia de las perpetuaciones, y la disposicion de la *l. fin. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* Lo cierto es, que los Autores que siguen la perpetuacion en la via executiua, requieren para ella no solo q̃ se aya pedido, despachado, y hecho la execucion, como para interrumpirse, sino que aya llegado el termino de la oposicion, y en èl aya el deudor propuesto, y alegado sus excepciones, *ex Roderic. Suarez, Balbo. Castill. Parlador. & alijs Carleual. dict. disput. 4. num. 32. & D. Valenç. dict. cons. 21.* Mire aora la parte

del

del Conde, si ay algũno destos actos, ò ha llegado alguno de estos terminos, sin los quales mal se puede fundar, ni alegar la perpetuacion.

28 Y quando, como en nuestro caso no huuo accidente preciso, ni causa razonable que obligasse a cessar por tantos años en la prosecucion del pleyto, es sin disputa que no causaron perpetuacion los autos que entonces se hizieron, porque la *l. fin. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* solo procede quando auiendose contestado el pleyto sobreuino algun caso que forçosamente impidio el proseguirle, *vt ex text.* ibi: *Non ad certum finem lites perducebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugentium, vel suam inbecillitatem, vel altos quoscumque casus (cum sortes humanæ multæ sint) qui nec dici, nec numerari possunt.* Desuerte, que todas las vezes que el cessar en el pleyto no tuuiere alguno de los justos pretextos que considera en este texto Iustiniano, cessa el fundamento de su disposicion, y no puede alegarse perpetuacion en fuerça de ella, *vt in terminis resolvunt Petrus Barbosa in d. l. fin. num. 38. & seqq. Ioann. Francisc. Ferentil. in additionibus ad Buratum, decis. 8. vers. Tertius casus,* ibi: *Tertius casus est, quando creditor non fuit litem contestatus animo illam ad finem perducẽdi, nec fuit impeditus propter casus fortuitos; sed ex mera ipsius negligentia litem terminare non curauit, & tunc talis litis contestatio licet præscriptionem interrumpat, quia ex statuto prædicto ad hunc effectum sufficit sola, & simplex citatio, seu interpellatio etiam extrajuditialis; tamen non perpetuatur actio ad 40. annos, & sic incipiet currere præscriptio statutaria, non autem iuris communis.* Y muy expressamẽte *Tondut. resolut. ciuil. tom. 2. cap. 114. numer. 4.* ibi: *Quando actor non fuit impeditus propter aliquem casum fortuitum, sed ex mera negligentia litem terminare non curauit, tunc litis contestatio illi, non prodest ad præs-*

 crip-

criptionis interruptionem. Y si para euitar la instancia destas doctrinas se dixere por parte del Conde, que no auiendo llegado el caso de la fiança, y considerandose condicional, como diximos en el segundo fundamento, no puede auerse prescripto el derecho executiuo, que aun no se ha causado, le obstara vn dilemma que en qual quiera de sus proposiciones prueua nuestro intento: por que ò la fiança es condicional, ò pura; si condicional, no auiendose verificado la condicion, no se puede proceder en virtud della; y si pura, auiendo passado eficazmente mas de los diez años que se requieren por la ley del Reyno, se halla prescripto el derecho executiuo.

29 Y aunque pudieran por Antonio de Valladolid esforçarse otros fundamentos, parece que con los que se han referido queda bastantemente excluida la pretension del Conde, pues se comprueua no auer sido legitima la determinacion sobre el precepto de solvendo, no auer llegado en caso de la fiança, y hallarse prescripto el derecho de executar con ella, fundamentos que quando no tuuiessen por si tan expressas doctrinas, y claras razones, y quedassen terminos dudosos, deuiera en ellos determinarse siempre por el fiador, *Surd. conf.* 19. *num.* 23. *Raudens. resolut.* 26. *num.* 17. *D. Valenç. conf.* 158. *num.* 30. prout speramus. Salua in omnibus, &c.

El Lic. D. Ioseph de Ledesma.

Hauiendose visto este pleito en el consejo se dio auto concediendo a Antº de Valladolid [illegible] meses de termino para q. hiciese diligencias contra los herederos de D. Gomez de Silva [illegible] dos, y hechas, o no, se confirmo el auto del theniente. De esto se suplico [illegible] do de suplicacion se remitio, y viendose en remision por las dos salas de [illegible] y mil y quinientas, se dio auto a fauor de Antº de Valld. mandando q. sin [illegible] de los autos del theniente y del consº el Conde de Priegu sustanciase con los [illegible] ros de D. Gomez de Silva. En 26 de Agosto de 1664. Año 5mo de Mad[illegible] res Juezes. D. Joseph Pardo, Conde de Villaumbrosa, D. Gil de Castrejon, D. Ju[illegible] Arce y Otalora, D. Franco Ruiz de Vergª D. Gabriel de Chaues.